demjenigen der Wechselpräjudicirung gegen den Aussteller statt, wenn und insoweit dieser Valuta empfangen und den Werth, um welchen sein Vermögen dadurch vermehrt worden, nicht oder nicht ganz zur Deckung des Domiciliaten aus der Hand gegeben.

II.

Ueber den Rechtsgrund des Eigenthumserwerbs durch Specification.

Von Herrn Dr. A. Bechmann,
Professor in Marburg.

Gegenüber der älteren Ansicht, welche den Eigenthumserwerb durch Specification wesentlich unter dem Gesichtspunkte der Occupation auffaßte,[1]) macht sich in neuester Zeit mehr und mehr die Anschauung geltend, daß jener Erwerb vielmehr auf dem Prinzipe beruhe: „was Jemand erzeugt hat, gehört ihm, weil er es erzeugt hat."[2]) Es ist leicht einzusehen, welcher wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Anschauungen besteht: die ältere geht davon aus, daß die frühere Sache nicht mehr existirt, also auch nicht mehr Gegenstand des Eigenthums sein kann, die an ihre Stelle getretene neue Sache aber noch Niemanden gehört hat, also um ihrer Herrenlosigkeit willen von Jedermann angeeignet werden kann. Die neuere Auffassung dagegen setzt an die Stelle dieser rein juristischen Argumentation ein materielles Princip: vermöge desselben wird

---

1) Vgl. z. B. Gesterding, die Lehre vom Eigenthum, S. 255, Puchta, Pand. §. 154. In neuester Zeit wird diese Auffassung noch festgehalten von Sintenis, prakt. Civilrecht. 2. Aufl. Bd. I. S. 490.

2) Scheurl, Beiträge Bd. I., S. 280 ff.: Dernburg, in der Heidelb. krit. Zeitschrift I., 146, 295; Böcking, Institutionen §. 154; Pagenstecher, Lehre vom Eigenthum II., 113; Leist, civil. Studien III, 119; Arndts, Pandekten §. 155; Windscheid, Pandekten §. 157; vgl. auch Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz I., S. 28.

der Arbeiter, der Erzeuger Eigenthümer der von ihm (der Form nach) hervorgebrachten Sache, und in Folge dieses Eigenthumserwerbes muß dann natürlich das Recht des bisherigen Eigenthümers untergehen.

Es läßt sich nun durchaus nicht in Abrede stellen, daß sich diese Ansicht aus mehr als einem Grunde sehr zur Annahme empfiehlt. Sind wir doch an und für sich stets geneigt, wenn wir zur Erklärung eines Rechtssatzes oder Rechtsinstitutes die Wahl haben zwischen einem materiellen Prinzipe auf der einen und dem rein dialektischen Denkprozesse auf der andern Seite, diese Wahl zu Gunsten des ersteren zu treffen. Dazu kommt, daß das Prinzip selbst, das hier aufgestellt wird, uns als ein vollkommen gerechtes und natürliches erscheint, als ein Prinzip, das sich auch heute noch jedem Gesetzgeber ganz von selbst aufdrängt und von dem höchstens zu bedauern ist, daß es nicht bereits im römischen Rechte diejenige consequente und allseitige Durchführung gefunden hat, welche es verdient. [3])

Gleichwohl aber habe ich mich niemals von der Richtigkeit der neuen Theorie überzeugen können, vielmehr glaube ich, daß durch dieselbe in das römische Recht ein demselben völlig fremder und zur Erklärung der concreten Gestalt, welche die Specificationslehre von den römischen Juristen erhalten hat, absolut unbrauchbarer Gedanke hineingetragen werde. Dagegen halte ich die ältere Ansicht, welche in der Specification eine Art der Occupation erblickt, für die allein quellenmäßige.

Diese Behauptungen werde ich nun weiter auszuführen und näher zu begründen suchen.

I.

Daß das s. g. „Erzeugungs-" oder „Arbeitsprinzip" in den Quellen nirgends direkt ausgesprochen ist, daß namentlich die Proculianer selbst für ihre Ansicht einen ganz andern Grund anführen, nämlich den, daß das, was gemacht worden ist, vordem noch Niemand gehört habe, ist allseitig anerkannt. [4])

---

3) Vgl. Arndts a. a. O. Anm. 2.

4) Die einzige Stelle auf welche man sich mit einigem Scheine berufen kann, ist der Schlußsatz des §. 24 I. de rer. divis. (II. 1): „quum non

Es kann sich also nur fragen, ob die Lehre vom Eigenthumserwerb durch Specification von den römischen Juristen eine solche Gestalt erhalten habe, daß aus derselben mit Nothwendigkeit auf jenes Prinzip geschlossen werden muß.

Ehe ich auf diese Frage eingehe, will ich noch folgende Bemerkungen vorausschicken.

Je mehr uns nach unseren modernen Anschauungen der Gedanke, daß dem Arbeiter das Produkt seiner Arbeit zum Lohne für dieselbe gehöre, als ein vollkommen natürlicher, ja nothwendiger erscheint, desto mehr werden wir uns vor dem Irrthum hüten müssen, ihm eine absolute Wahrheit und Geltung beizulegen. Derselbe ist vielmehr, wie alle socialen Anschauungen, lediglich das Produkt bestimmter socialer Verhältnisse, bedingt durch eine ganze Reihe von anderen Voraussetzungen. Das müssen auch die Anhänger der „Erzeugungstheorie" unbedenklich anerkennen; steht ja doch unter allen Umständen fest, daß die Ansichten der römischen Juristen getheilt waren, daß sich das „Arbeitsprinzip" erst allmählich gegenüber dem älteren, von den Sabinianern vertheidigten „Substantialprinzip" Anerkennung verschaffen konnte.

Ist das aber richtig, so wird auch die Frage gestattet sein, ob überhaupt Angesichts der unbekannten socialen Anschauungen und Verhältnisse der Römer während der hier in Betracht kommenden Perioden die Anerkennung und Durchführung des Arbeitsprinzipes als wahrscheinlich gelten könne? Und diese Frage möchte ich von vornherein auf das Bestimmteste verneinen. Wenn ich nicht irre, hat es in Rom gerade an allen den Voraussetzungen gefehlt, durch welche die Erkenntniß jenes

---

solum operam suam dedit." Allein abgesehen davon, daß dieser Ausdruck doch etwas zu vag ist, als daß sich auf denselben eine Theorie mit Sicherheit gründen ließe, so ist wohl zu beachten, daß jener ganze Schlußsatz offenbar geistiges Eigenthum der Compilatoren ist, und Alles, was wir aus demselben ableiten können, ist das, daß jenen das „Erzeugungsprinzip" bereits vorschwebte. Wenn man nun aber daraus sofort schließt, daß dieselbe Idee auch schon vier Jahrhunderte vorher in ganz gleicher Weise den klassischen Juristen bewußt gewesen sei, so ist dies zwar ein sehr beliebtes, aber nach meiner Ansicht durchaus verkehrtes Verfahren.

Prinzipes bedingt ist. Weit entfernt, der Gewerbsthätigkeit und der Fabrikation auch nur annäherungsweise den Werth und die Bedeutung beizulegen, welche derselben heutzutage — und doch auch noch nicht seit sehr langer Zeit — zukommt, haben die Römer dieselbe bekanntlich geringe geachtet, wie dies auch da gar nicht anders möglich ist, wo, wie in Rom, diese ganze Thätigkeit vorzugsweise den Sklaven zufällt, und daher des freien Mannes unwürdig, als eine Erniedrigung für denselben erscheint. Die sociale Grundlage des römischen Staates war Grundbesitz und Ackerbau. Darum drehen sich alle socialen Reformen und Revolutionen. Von einem socialen Kampfe der Arbeit gegen das Capital und den Grundbesitz haben wir, soviel ich weiß, in der ganzen römischen Geschichte nicht einmal eine Spur. Unter diesen Verhältnissen aber halte ich es geradezu für eine Unmöglichkeit, daß sich der Grundsatz sollte gebildet und Anerkennung verschafft haben: „das Produkt der Arbeit gehört, weil es Arbeitsprodukt ist, dem Arbeiter." Das ist ein Grundsatz, der da, wo die Industrie blüht und eine wichtige sociale Stellung einnimmt, ganz unabweisbar ist, und eben deßhalb habe ich schon oben die volle Berechtigung desselben für unsere Zeiten und Verhältnisse anerkannt; dagegen will es mir aus den angedeuteten Gründen als ein unhistorisches Verfahren erscheinen, wenn man denselben auch bei den Römern voraussetzt und die römische Specificationstheorie darauf zurückführt.

In einem Falle ist allerdings auch schon im römischen Rechte dieser Gedanke anerkannt und praktisch verwerthet, nämlich beim Gemälde. Der im späteren Rechte anerkannte Satz, daß dasselbe ohne Rücksicht auf das Eigenthum am Material dem Maler gehört, beruht in keiner Weise weder auf einer richtigen noch auf einer verkehrten Anwendung der Grundsätze vom Eigenthumserwerb durch Accession,[4]) sondern auf dem Gedanken, daß die Arbeit hier den Stoff an Werth außer-

4) Dieser Satz kann nur im Zusammenhange der Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession näher begründet werden. Diese Lehre selbst bedarf, wenn ich nicht irre, sehr dringend der Revision.

ordentlich überrage und daß daher jene das Eigenthum an diesem nach sich ziehen müsse,[5] während nach der strengen Dialektik des Rechtes sich dieses Resultat allerdings in keiner Weise rechtfertigen ließe.

Nun ist es aber im höchsten Grade merkwürdig, daß gleichwohl der Eigenthumserwerb durch Malen nirgends in den Quellen als eine besondere Anwendung der Specificationstheorie dargestellt, vielmehr ganz unabhängig von dieser als ein Fall für sich behandelt wird. So kommt Gaius a. a. O. erst, nachdem er von der pictura gesprochen hat, auf die Specification zu reden, und in den justinianischen Institutionen sind beide Fälle örtlich noch viel weiter getrennt. Ja noch mehr: während die Lehre vom Eigenthumserwerb durch Specification bereits zu Gaius Zeiten[6]) im Wesentlichen festgestellt und das proculianische „Arbeitsprinzip" wenigstens bedingt anerkannt war, blieb die Frage nach dem rechtlichen Schicksal des Gemäldes fort und fort bis auf Justinian bestritten[7]) und ist erst von diesem endgiltig zu Gunsten des Malers entschieden worden. Wäre das aber denkbar, wenn es sich in beiden Fällen einfach um die Anwendung des nämlichen Prinzipes gehandelt hätte? Sind wir nicht vielmehr durch diese Erscheinung zu dem Schluße vollkommen berechtigt, daß der Eigenthumserwerb durch Specification auf einem wesentlich andern Prinzipe beruht als der Eigenthumserwerb in Folge des Malens? Darauf, daß sich dieser letztere Erwerb auch materiell vom ersteren wesentlich unterscheidet, insoferne wohl bei jenem, nicht aber auch bei diesem von einer utilis rei vindicatio des Eigenthümers der Materie die Rede ist, will ich hier nur im Vorübergehen aufmerksam machen.

Doch ich will trotz aller dieser Bedenken einmal von der Annahme ausgehen, den römischen Juristen habe wirklich die

5) Vgl. Gaius II. 78. L. 9. §. 2 D. de a. r. d. (41, 1). L. 23 §. 1 D. de r. v. (6, 1). §. 34 I. de r. d. (2, 1).

6) L. 7 §. 7. D. de a. r. d.

7) Namentlich Paullus, der die Specificationstheorie ganz im Sinne der media sententia behandelt, stellt gleichwohl den Eigenthumserwerb des Malers bestimmt in Abrede. L. 23 §. 3 D. de r. v. (6, 1).

Anschauung inne gewohnt, daß die Arbeit als solche Eigenthumserwerbgrund sei, daß dem Einzelnen das gehören müsse, was er sich erarbeitet, was er durch seine Arbeit gleichsam neu geschaffen und erzeugt habe.

Wie hätte nun dieser Gedanke praktisch durchgeführt werden müssen?

Daß zwischen Arbeit und Arbeit ein wesentlicher Unterschied ist, daß nicht jede Arbeit als eine schöpferische und erzeugende betrachtet und belohnt werden kann, das ist eine so unendlich einfache Wahrheit, daß zur Erkenntniß derselben irgend welche besondere Studien in keiner Weise erforderlich sind. Ein Volk vollends, welches der Arbeit so große Bedeutung beilegt, daß es das s. g. Arbeitsprinzip auch im Rechte zur Geltung gelangen läßt, muß sich nothwendig auch über die verschiedenen Arten der Arbeit in völliger Klarheit befinden, und es würde nach meiner Ansicht einen grellen Widerspruch involviren, wenn wir eben diesem Volke die Rohheit zutrauen wollten, alle Arbeit, d. h. jegliche Bethätigung menschlicher Kräfte absolut nach denselben Grundsätzen zu behandeln.

Stellt man den Satz auf, daß der Arbeiter als Erzeuger einer neuen Sache das Eigenthum derselben erwirbt, so kann dieser Satz schlechterdings nur auf die Arbeit Anwendung finden, welche sich wirklich als eine schöpferische, erzeugende darstellt. Das aber ist offenbar nur der Fall bei derjenigen Arbeit, welche die Aufgabe hat, irgend einen Gedanken — nicht gerade natürlich einen künstlerischen — in dem gegebenen Stoffe darzustellen. Von dieser Arbeit allein kann man sagen, sie schaffe etwas Neues, und wenn man den Eigenthumserwerb durch Specification auf den Gedanken zurückführen will, daß der Arbeitende dem Stoffe den Stempel seines Geistes und seiner Individualität aufgedrückt, die Sache „subjektivirt“ hat, so ist klar, daß das Alles nur einen Sinn hat, wenn die Arbeit wirklich so beschaffen ist, daß sie als Manifestation des menschlichen Geistes betrachtet werden kann.

Darnach müßte nothwendig die rein mechanische Arbeit, deren Resultat ganz ebensogut durch unbewußt wirkende Naturkräfte herbei geführt werden könnte, vollkommen ausge-

schlossen werden. Niemand wird im Ernste die Arbeit des Kelterns oder Oelpressens oder des Zusammenschüttens von Wein und Wasser als eine „schöpferische", als eine solche bezeichnen wollen, durch welche dem Stoffe der Stempel der Individualität des Arbeitenden aufgedrückt oder die Sache mit der Person des Arbeitenden „identificirt" wird, man müßte denn auch das Holzspalten und Steinklopfen als eine solche schöpferische Arbeit betrachten wollen. Man mag jene Thätigkeiten als Produktionen im objektiven Sinne bezeichnen, insofern dadurch neue ökonomische Werthe erzielt werden, aber „schöpferische" Thätigkeiten sind sie entschieden nicht. Auch der Stein, welcher zufällig auf die Olive fällt und das Oel auspreßt, wirkt produktiv in jenem Sinne: daß er aber schöpferisch wirkt, wird Niemand behaupten wollen.

Also das steht fest, jenes Prinzip konnte nicht in der Weise durchgeführt werden, daß man einfach jede umgestaltende und neugestaltende Arbeit als schöpferische behandelte. Auch ist ganz und gar damit nichts gedient, wenn man etwa, um das angebliche Prinzip zu retten, sich darauf beruft, die römischen Juristen seien eben schlechte Nationalökonomen gewesen und hätten der Einsicht in das wahre Wesen der Arbeit ermangelt. Denn wie schon bemerkt, auf diese Weise kommt man einfach in Widerspruch mit der eigenen Behauptung: zudem aber handelt es sich hier überhaupt gar nicht um irgend welche tiefliegende Unterscheidungen, sondern um solche, welche jedem halbweg gebildeten Menschen sich ganz von selbst aufdrängen.

Fragen wir nun aber weiter, wie sich gegenüber diesen Postulaten das römische Recht verhalte, so ist die kaum zu bestreitende Antwort die, daß es denselben in keiner Weise auch nicht einmal annäherungsweise gerecht wird.

Dies gilt vor Allem schon von der einseitigen Ansicht der Proculianer. Es ist falsch, wenn man gewöhnlich behauptet, dieselben hätten jeglicher Arbeit ohne allen Unterschied die Wirkung des Eigenthumserwerbes zugeschrieben. So weit sind sie niemals gegangen, vielmehr haben sie diesen Erfolg nur der Arbeit beigelegt, durch welche eine neue species, d. h. eine neue Form, eine neue Erscheinungsart der Sache

bewirkt wird. Dadurch sind sie einerseits weit über den Begriff der schöpferischen Arbeit hinausgegangen, andrerseits aber auch wieder weit hinter demselben zurückgeblieben; nicht jede Arbeit, die nach ihrer Theorie Eigenthum erzeugt, ist eine schöpferische, und auf der andern Seite hat nicht jede schöpferische Arbeit jene Wirkung.

Um zunächst bei dem letzteren Punkte stehen zu bleiben, so haben die Proculianer ihre Theorie niemals auf den Fall angewendet, wenn Jemand verschiedene Sachen nach einem bestimmten Plane zu einem Ganzen zusammenordnet, also mit andern Worten auf den Fall der Verfertigung einer s. g. universitas rerum cohaerentium. Wir haben nicht die leiseste Spur, daß jemals ein römischer Jurist das Bauen eines Hauses, das Zimmern eines Schiffes [8]) unter dem Gesichtspunkt der Specifikation behandelt hätte. Vom Standpunkte der späteren media sententia ist das begreiflich, die universitas kann jeder Zeit wieder aufgelöst werden; vom Standpunkt der Proculianer dagegen, welche eben dieses Kriterium nicht kannten, muß eine Inconsequenz gegenüber dem angeblichen Prinzipe angenommen werden. Oder will Jemand behaupten, das Bauen eines Hauses, das Zimmern eines Schiffes, ganz abgesehen von der Bearbeitung der einzelnen Materialien, sei weniger eine schöpferische, erzeugende Arbeit, als das Verarbeiten eines Brettes zu einer Thüre, eines Balkens zu einem Kiele, vom Keltern ganz zu schweigen?

Ferner aber haben die Proculianer keinen Eigenthumserwerb da anerkannt, wo nicht eine Um- oder Neugestaltung der Sache, sondern nur eine Verbesserung, Verschönerung, Ausarbeitung der vorhandenen Form vorliegt, ebenso wie umgekehrt auch die blose Verschlechterung derselben nicht in Be-

8) Nur die Verfertigung des Kieles galt bekanntlich als Specification. L. 61. D. de r. v. (Julian). Wenn gleichwohl in andern Stellen auch das Verfertigen eines Schiffes aus fremdem Material als Fall der Specification angeführt wird (Gaius II. 79; L. 26 pr. D. de a. r. d.; §. 25. I. de r. d. (2, 1), so ist dabei an das Verfertigen der Schiffsmaterialien gedacht, wie sich namentlich aus L. 26 cit. mit aller Bestimmtheit ergibt. Ein Widerspruch ist also nicht vorhanden.

tracht kommt. Daher ist nicht allein das Dreschen keine Specification, sondern ebensowenig das Färben u. s. w. Und doch wer wollte in Abrede stellen, daß auch eine solche verschönernde, verbessernde Thätigkeit unter Umständen wirklich als eine schöpferische, erzeugende Arbeit erscheinen kann? Man wird freilich den Tischler, der die Politur eines fremden Meubles auffrischt, deßhalb nicht zum Eigenthümer machen wollen, obschon seine Thätigkeit als solche betrachtet immer noch so viel werth ist, als das Keltern und das Zusammengießen von Flüssigkeiten. Aber man denke z. B. an eine kunstvolle Färberei, oder vollends an den Fall, da ein Künstler einen Marmorblock, der bereits von anderer Hand die rohen Umrisse einer Statue erhalten hat, zu einem Kunstwerke verarbeitet.

Diese Inconsequenz, welche, wie bemerkt, nicht etwa der späteren Mittelmeinung zur Last fällt, ist denn auch von Andern schon erkannt worden, und so stellt denn z. B. Puchta, der als der Vorläufer der Arbeitstheorie bezeichnet werden kann, [9]) einfach den Satz auf, [10]) die rechtliche Wirkung der Specification trete auch dann ein, wenn der Stoff gegen die Form in einem ganz untergeordneten Verhältnisse stehe. Nur schade, daß für diese Behauptung auch nicht der Schein eines Quellenbeweises beigebracht werden kann. [11])

Was namentlich das Färben anlangt, so drückt sich darüber Paullus in einer bekannten Stelle [12]) in höchst charakteristischer Weise aus. Es besteht, sagt er, kein Unterschied zwischen der purpurgefärbten Toga und derjenigen, welche in den Schmutz fällt und dadurch ihre Farbe verändert, darum liegt dort so wenig wie hier eine Specification vor. Es ist in der That nichts leichter und wohlfeiler, als sich auf Grund dieser Aeußerung im Vollgefühle eigener nationalökonomischer Weisheit in Tiraden über den Unverstand und die Bornirtheit der römischen Juristen zu ergehen, die nicht einmal zwischen

9) Vgl. Cursus der Instit. §. 242. (Bd. II. S. 695.)
10) Pandekten §. 154.
11) Puchta selbst führt auch keine Belegstelle an.
12) **L. 26 §. 3 D. a. r. d. (41, 1).**

Färben und Beschmutzen zu unterscheiden gewußt hätten. Sollten wir nicht vielmehr gerade durch diese offenbar bewußte Zusammenstellung der absichtlichen kunstvollen Thätigkeit und des zufällig eintretenden Erfolges veranlaßt werden, an der Richtigkeit des angeblichen Prinzipes selbst zu zweifeln? — Ich werde auf die Stelle unten zurückkommen.

Auf der andern Seite aber erkannten die Proculianer in jedem Falle der wirklichen Neugestaltung den Eigenthumserwerb an, ohne auf die Beschaffenheit der Arbeit irgend welche Rücksicht zu nehmen. Dieser Eigenthumserwerb trat also ebensogut ein zu Gunsten des Künstlers, der den Marmorblock oder den Metallklumpen zu einer Statue verarbeitete, zu Gunsten des Handwerkers, welcher den Rohstoff zu einem Gewerbsprodukte umgestaltete, wie zu Gunsten dessen, der in der Kelter auf den Trauben herumsprang und dadurch Most bereitete, und dessen, der Wasser und Wein zusammenschüttete und so eine neue Flüssigkeit erzeugte. Die eigentlich produktive und die rein mechanische Arbeit sind absolut gleich behandelt.

Muß es hiernach jedem Unbefangenen schwer fallen, in der Art und Weise, wie die Proculianer die Specificationstheorie durchgeführt haben, ein höheres sociales Princip zu entdecken, so steigert sich diese Schwierigkeit zur vollständigen Unmöglichkeit, wenn wir die zur Geltung gelangte **media sententia** ins Auge fassen.

Als Aufgabe dieser vermittelnden Wendung müßten wir, vom Standpunkt der „Erzeugungstheorie" die bezeichnen, den richtigen Eintheilungsgrund der Arbeit herauszufinden und gegenüber allenfallsigen Einseitigkeiten der Früheren die Arbeit, welche in der That als schöpferische und aneignende gelten kann, von der rein mechanischen zu scheiden.

Sehen wir zu, wie diese Aufgabe gelöst worden ist.

Nach der recipirten Mittelmeinung ist zu unterscheiden, ob die ehemalige Form wiederhergestellt werden kann oder nicht. In jenem Falle bleibt das Eigenthum unverändert, in diesem erwirbt es der Specificant.

Nun ist aber sofort vollkommen klar, daß auf diese Weise

gar nicht die Arbeit, sondern der Stoff eingetheilt, also auch nicht eine besondere Eigenschaft der Arbeit, sondern eine besondere physikalische Eigenschaft des Stoffes zum Kriterium des Eigenthumserwerbes gemacht ist. Denn die Frage, ob die alte Form wiederhergestellt, das Produkt der Arbeit also einfach beseitigt werden könne, ist einzig und allein bedingt durch die natürliche Beschaffenheit der Materie. Das ist ein Satz, der wohl kaum eines weiteren Nachweises bedarf.[13])

Wer also glaubt, daß durch jene Mittelmeinung die eigentlich schöpferische Arbeit von der, welcher dieses Prädicat nicht zukommt, in ganz angemessener oder doch in einer für das praktische Bedürfniß vollkommen genügenden Weise[14]) geschieden sei, der befindet sich, scheint mir, in einer Selbsttäuschung und wird jedenfalls für diese Meinung nicht auf vielen Beifall rechnen können[15]). Wenn wir an dem Begriffe der schöpferischen und erzeugenden Arbeit festhalten und nicht etwa unvermerkt diesen Begriff mit irgend einem andern vertauschen, so müssen wir sagen: eine schöpferische Arbeit ist vorhanden, sobald an einem gegebenen Stoffe ein menschlicher Gedanke dargestellt ist. Dann existirt etwas, was bisher noch nicht existirt hat, und dies Neue ist vom Menschen geschaffen, insofern er seine Idee am Stoffe verkörpert. Dann kann aber eben auf die physicalische Beschaffenheit des Stoffes selbst schlechterdings nichts ankommen. Sowenig es Jemandem einfallen wird, einer Bleistiftzeichnung den Charakter einer schöpferischen Arbeit, eines Kunstwerkes deshalb abzusprechen, weil dieselbe mit leichter Mühe wieder spurlos verwischt werden kann, wenig wird es Jemandem gelingen, uns einzureden, daß die Arbeit des Goldschmieds oder überhaupt des Metall-

---

13) Vgl. L. 78 § 4 D. de leg. III.

14) Leist a. a. O. S. 168. Scheurl a. a. O. S. 287.

15) Wenn namentlich Leist a. a. O. behauptet, es sei richtige Erkenntniß der Natur des Eigenthumes, daß man das reducirbare Umgestalten nur als Umwerfen einer äußeren Hülle, nicht als Substanzveränderung betrachtet, so möge doch die Frage erlaubt sein, ob man nach natürlicher Anschauung wohl im Keltern eine „Substanzveränderung" oder nicht vielmehr das Umwerfen einer äußeren Hülle zu erblicken hat?

arbeiters weniger schöpferisch und erzeugend sei, als die des Tischlers und des Steinarbeiters.

Indem nun also die media sententia, von der Beschaffenheit der Arbeit völlig abstrahirend, alles Gewicht legt auf die im Verhältnisse zur Arbeit absolut zufällige und gleichgiltige Beschaffenheit des Stoffes, schließt sie auf der einen Seite eine Reihe von Arbeiten, über deren Eigenschaft als schöpferische und erzeugende gar kein Zweifel bestehen kann, von der Belohnung, welche doch gerade der schöpferischen Arbeit zu Theil werden soll, aus, während sie auf der andern Seite die gemeinste, niedrigste Arbeit an eben dieser Belohnung unbedenklich Theil nehmen läßt.

Ist es nun aber wahrscheinlich, daß dieses ganz exorbitante[16]) Resultat lediglich auf einer Ungeschicklichkeit der römischen Juristen, auf einer Unfähigkeit derselben, das klar erkannte Prinzip praktisch zu gestalten, beruhe? Ich gestehe, daß ich diese Annahme nicht allein für unwahrscheinlich, sondern geradezu für unmöglich halte. So lange man auf der einen Seite nicht müde wird, gerade den praktischen Sinn der römischen Juristen zu rühmen und zu bewundern, wird man, ohne den Vorwurf der Inconsequenz auf sich zu laden, kaum behaupten können, daß sie in dieser an sich so einfachen Materie von jenem Takte auf das Vollständigste verlassen gewesen seien, und ein Institut zu Tage gefördert haben, für welches das Prädikat „stümperhaft" beinahe noch zu glimpflich wäre.

II.

Es wird sich nun aber weiter darum handeln, die sog. Occupationstheorie tiefer zu begründen und die Uebereinstimmung derselben mit den Quellen nachzuweisen. Erst wenn dies gelungen ist, kann die „Erzeugungstheorie" als vollständig überwunden betrachtet werden.

An jeder Sache läßt sich ein Doppeltes unterscheiden: Stoff und Form. Sowenig es eine Sache gibt, welche blos Form, so wenig gibt es eine Sache, welche blos Stoff ist.

16) Leist ist m. W. der einzige Schriftsteller, der mit diesem Resultat zufrieden ist.

Auch da, wo wir gewohnt sind, von formloser Materie zu sprechen, läugnen wir nur das Vorhandensein der durch menschliche Thätigkeit erzeugten, nicht aber das Vorhandensein der Form schlechthin. [17])

Während nun die Materie vom Menschen weder geschaffen, noch vernichtet, noch verändert werden kann, unterliegt dagegen die Form seiner Einwirkung; die vorhandene Form kann durch menschliche Thätigkeit verändert, vernichtet, durch eine andere Form ersetzt werden.

Jede Sache hat also ein beharrliches Moment, die Materie, und ein veränderliches, die Form. Von Seiten der Materie ist die Sache immer die nämliche, von Seiten der Form ist sie dem Wechsel, der Veränderung unterworfen.

Insofern nun die Sache Rechtsobjekt ist, ergibt sich aus diesen Sätzen sofort die Frage: ist die Sache Rechtsobjekt von Seiten der Materie oder von Seiten der Form? Oder was das Nämliche bedeutet: ist die Sache als Rechtsobjekt identisch mit ihrer Materie oder mit ihrer Form?

Die Tragweite dieser Frage ist klar. Beantworten wir sie zu Gunsten der ersteren Alternative, so haften alle rechtlichen Eigenschaften der Sache so zu sagen am Stoffe, d. h. sie haben an sich wie dieser eine unendliche Dauer, sie bestehen unabhängig von allem Wechsel in der Form so lange fort, als sich überhaupt die Identität der Materie noch nachweisen läßt. Entscheiden wir uns dagegen für die zweite Alternative, so ist damit gesagt, daß nach rechtlicher Anschauung die Sache nur so lange dieselbe Sache ist, als die Form die nämliche bleibt, daß mit jedem Untergange der Form auch die Sache als dieses Rechtsobjekt untergegangen, daß mit der neuen Form auch wieder eine neue Sache und daher ein neues Rechtsobjekt entstanden ist.

Welche Antwort nun auf die Frage wirklich zu geben

17) Es versteht sich ganz von selbst, daß es sich hier nicht um irgend welche rechtsphilosophische Untersuchungen, sondern um rein empirische Anschauungen handelt, weßhalb auch von einer weitern Definition der Begriffe „Form" und „Materie" Umgang genommen werden kann.

ist, darüber kann ein Zweifel wohl kaum bestehen. Nach den Anschauungen des gewöhnlichen Lebens ist nicht die Substanz, sondern die Form das Wesentliche an der Sache; diese ist das Moment, durch welches die Sache ihre Individualität erhält und sich von anderen Sachen gleichen oder verschiedenen Stoffes unterscheidet. Die Materie tritt dabei ganz zurück; mögen wir uns noch so sehr bewußt sein, daß das Schiff dem Stoffe nach eins ist mit der Tanne, daß der Wein dem Stoffe nach nichts neues ist gegenüber der Traube — wir werden doch immer und immer das Schiff als etwas anderes und verschiedenes betrachten wie die Tanne, wir werden uns nie dazu entschließen können, den Wein und die Traube für identische Sachen zu halten.

Diese Auffassung zeigt sich zunächst am deutlichsten und unverkennbarsten in der Sprache; wir benennen die Sache nach der Form — nach der Materie ausnahmsweise nur da, wo es an einer bestimmten Form fehlt, also beim sog. Rohstoff. Mit jeder Veränderung der Form ändert sich der Name der Sache; die Sprache identificirt also Sache und Form und faßt die Materie nur als Eigenschaft der Sache auf.[18]) Indem wir aber diese Wahrnehmung machen, die sich in allen, wenigstens in allen abendländischen Sprachen wiederholt, können wir den Satz für das praktische Bedürfniß auch umkehren und sagen: Weil die Sprache jeder neugeformten Sache einen neuen Namen gibt, so ist auch da, wo eine Namensänderung eintritt, eine Umgestaltung der Form vorhanden. So lange die Sache denselben Namen behält, ist sie trotz aller etwaigen Veränderungen an der vorhandenen Form doch immer die nämliche Sache; eine andere Sache wird sie erst, wenn sie einen andern Namen annimmt.

Wenn nun auch das Recht von der Anschauung ausgeht: neue Form (neuer Name), neue Sache, so wird nach dem oben Bemerkten Niemand diese Anschauung als eine künstliche und unnatürliche bezeichnen wollen; vielmehr befindet sich das Recht dabei in der allervollkommensten Uebereinstimmung mit der uns angeborenen und anerzogenen Betrachtungsweise.

18) Z. B. wir sagen: ein hölzernes Schiff, nicht ein schiffendes Holz.

Daß aber in Wirklichkeit das römische Recht an diesem Gedanken festhält und die Sache mit der Form identificirt, das ist leicht nachzuweisen. Der Satz, daß die Sache durch eine Umgestaltung der Form eine andere Sache, also auch ein anderes Rechtsobjekt wird, ist vor allem anerkannt mit Rücksicht auf die dinglichen Rechte an fremden Sachen. Diese Rechte haften an der Form der Sache und gehen daher unter in Folge des Untergangs dieser Form. Dies ist in zahlreichen Anwendungen bezüglich des usus fructus anerkannt[19]), desgleichen auch bezüglich des Pfandrechts[20]); das Pfandrecht am Baume erstreckt sich nicht von selbst auf das Schiff, das daraus gezimmert worden ist. Desgleichen ist bezüglich der Prädialservituten, welche an der superficies, nicht am Boden haften[21]), principiell anerkannt, daß dieselben mit dem Untergange des Gebäudes gleichfalls untergehen würden; lediglich aus Billigkeitsgründen ist man von dieser Consequenz abgegangen[22]).

Ganz ebenso nun verhält es sich nothwendig auch bezüglich des Eigenthums. Ist der Satz richtig, daß Form und Sache identisch sind, so muß der Untergang der bisherigen Form nothwendig auch den Untergang des bisherigen Eigenthums zur Folge haben; außerdem würde von einem rechtlich in Betracht kommenden Untergang der Sache überhaupt gar nicht gesprochen werden können, denn der Stoff geht nicht unter. Daraus folgt aber weiter, daß, wenn an Stelle der alten Form eine neue tritt, das Eigenthum der neuen Sache nicht eine einfache Fortsetzung des Eigenthums an der alten, mit diesem in keiner Weise identisch ist, sowenig die neue Sache identisch mit der alten, untergegangenen ist. Neue Sache, neues Eigenthum.

---

19) L. 5 § 2 D. quibus modis ususfr. (7, 4). L 10 § 3, 4, 8 cod. L. 7 § 5 eod. Paul. S. R. III. 6 § 31, L. 20 § 2 D. de servit. pr. urb. (8, 2).

20) L. 18 § 3 D. de pign. act. (13, 7).

21) Vgl. L. 1 D de servit. (8, 1).

22) L. 20 § 2 de servit. praed. urb. (8, 2). Vgl. L. 13 pr. D. de serv. pr. rust. (8, 3); Keller, Pandekten § 183.

Ueber alle diese Sätze bestand nun unter den römischen Juristen nicht der geringste Streit. Die oben angeführten Bestimmungen über den Untergang der dinglichen Rechte in Folge des Untergangs der bisherigen Form der Sache werden, wie sich aus den allegirten Stellen ergibt, übereinstimmend von Proculianern und Sabinianern gelehrt; und was die Eigenthumsfrage anlangt, so war auch hier die Meinung der letztgenannten Juristenschule in keiner Weise etwa die, daß trotz der eingetretenen Veränderung der Form das bisherige Eigenthum, als dessen Object dann ausschließlich der bisherige Stoff hätte betrachtet werden müssen, einfach fortdauere; auch sie erkannten vielmehr, wie sich namentlich aus den Berichten des Gaius [23]) ergibt, ganz entschieden an, daß mit der alten Form die alte Sache, mit der alten Sache das alte Eigenthum untergegangen, daß das Eigenthum an der neuen Sache ein neues Eigenthum sei.

Standen nun aber alle diese Vordersätze fest, so entstand die weitere Frage: wem gehört die neue Sache? Ueber diese Frage allein war Streit.

Stellt man sich einfach auf den Standpunkt der strengen Consequenz, so muß man zu folgenden Resultaten gelangen: die neue Sache ist von der alten verschieden, denn das, was sie mit derselben gemein hat, der Stoff, kommt überhaupt gar nicht weiter in Betracht; zwischen der alten und der neuen besteht also kein Zusammenhang; daher besteht ein solcher auch nicht bezüglich des Eigenthums. Die neue Sache ist also herrenlos, d. h. sie gehört nicht von selbst dem Eigenthümer der alten Sache; also gehört sie nothwendig dem, der sie zuerst sich aneignet, und das ist eben der, welcher ihr **suo nomine** die neue Gestalt gegeben hat.

Das war die Auffassung der Proculianer. Sie selbst haben diese ihre Argumentation klar genug ausgesprochen: **quod factum est antea nullius erat**, und sie haben wohl kaum geahnt, daß man ihnen einst die Ernstlich-

23) Inst. II. § 79, L. 7 § 7 D. d. a. r. d.

keit dieser ihrer Argumentation abstreiten, den angeführten Grund als einen lediglich exoterischen und so zu sagen ostensiblen bezeichnen würde, während es sich in Wahrheit um die Durchführung eines socialen Princips gehandelt haben sollte. Deutlicher kann man den wahren Gedankengang doch wohl kaum ausdrücken, als Paullus gethan, der doch wohl keinen Anlaß gehabt hat, seine wahre Meinung hinter Scheingründen zu verbergen [24]).

Si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicut nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret.

Die alte Sache existirt nicht mehr, an ihre Stelle ist eine ganz andere getreten; eben deßhalb ist das alte Eigenthum untergegangen und es läßt sich kein juristischer Grund ausfindig machen, der den ehemaligen Eigenthümer berechtigte, auch die neue Sache als seine Sache in Anspruch zu nehmen. Ganz denselben Gedanken spricht Pomponius aus, wenn er sagt: [25])

Ubi simul plura contribuuntur, ex quibus unum medicamentum fit — nihil hic suum vere dicere potest prior dominus, quare potissimum existimari, cuius nomine factum sit, eius esse.

Der Jurist stellt sich hier auf den Standpunkt der Vindication; die alte Sache kann nicht mehr vindicirt werden, denn sie existirt nicht mehr; die neue Sache aber kann der ehemalige Eigenthümer auch nicht so ohne Weiteres statt jener vindiciren, denn sie ist mit derselben in keiner Weise identisch, und deßhalb muß man zu dem Resultate kommen, die neue Sache gehöre dem, der sie für sich gemacht und dadurch occupirt hat [26]). —

Dieser Auffassung gegenüber war nun aber auch eine andere möglich. Man konnte nämlich so sagen: die Sache besteht

---

24) L. 26 pr. D. de a. r. d.

25) L. 27 § 1 D eod.

26) Den Satz, daß Sache und Form identisch seien, hatte übrigens schon Alfenus Varus mit größter Bestimmtheit ausgesprochen. L. 76 D. de iud. (5, 1).

doch nicht allein aus Form, sondern auch aus Materie. Ist nun auch immerhin die Form das eigentlich bestimmende Moment, so daß die Veränderung derselben die Identität der Sache aufhebt, so muß man doch den Stoff insoweit berücksichtigen, daß der Eigenthümer der alten Sache um der Identität des Stoffes willen von selbst auch das Eigenthum der neuen Sache erwirbt. Könnte doch weder die alte noch die neue Sache ohne Stoff existiren. — Das war die Meinung der Sabinianer.

Der Streit drehte sich also in der That um die Frage: soll bei der Sache rechtlich schlechterdings nur die Form in Betracht kommen, oder neben der Form, wenn auch in untergeordneter Weise, auch die Materie? Insofern kann der Streit bezeichnet werden als ein Streit um die **naturalis ratio**[27]); es fragte sich, welche Auffassung dem Wesen der Sache mehr entspreche. Es handelte sich ganz und gar nicht um widerstreitende sociale Principien, ja es handelt sich nicht einmal um den Kampf zwischen strengem Rechte und Billigkeit, welch letztere vielmehr ganz ausgeschlossen blieb und offenbar ebensowenig von den Sabinianern als von den Proculianern ausschließlich für sich in Anspruch genommen werden konnte.

Fassen wir nun den Streit unter diesem Gesichtspunkte auf, so kann auch, glaube ich, kein Zweifel darüber bestehen, daß hier, wie bei den meisten anderen Controversen der beiden Juristenschulen, die Ansicht der Proculianer einen bedeutenden dialektischen Fortschritt enthält gegenüber der der Sabinianer, und so kann es uns denn auch nicht wundern, daß ihre Ansicht im Princip von den folgenden Juristen einfach angenommen worden ist.

Wenn man nämlich zu einer consequenten und für alle Fälle ausreichenden Auffassung der Sache in ihrer Eigenschaft als Rechtsobjekt gelangen wollte, so mußte man nothwendig ein für allemal die Wahl treffen, ob man den Stoff oder die Form als das Maßgebende, als das eigentliche Wesen der

---

27) Gai. II, 79.

Sache betrachten und behandeln wollte. Daß diese Wahl nach der Natur der Sache nicht zu Gunsten des Stoffes ausfallen konnte, steht fest; wir haben schon oben gesehen, daß in einer ganzen Reihe von Fällen auch die Sabinianer unbedenklich die Sache mit ihrer Form identificirt haben, daß es ihnen also nicht einfallen konnte, sie schlechthin mit dem Stoffe zu identificiren. War das aber der Fall, dann mußte es als eine Halbheit und Inconsequenz erscheinen, wenn doch in anderen rechtlichen Beziehungen auch wieder auf den Stoff und dessen Identität Rücksicht genommen wurde. Solche Halbheiten und Inconsequenzen lagen im Charakter der Sabinianer; die Aufgabe der Proculianer war, dieselben zu überwinden [28], und so haben sie denn auch hier das Princip durchgeführt: die Sache als Rechtsobjekt ist schlechthin identisch mit der Form; der Stoff kommt absolut nicht in Betracht [29].

Hiernach aber ist auch die Art, wie die Proculianer dieses Princip durchgeführt haben, eine vollkommen einfache und consequente. Der Grund des Eigenthumserwerbes ist der, daß die alte Sache nicht mehr existirt, daß also auch der bisherige Eigenthümer nicht mehr sagen kann, daß diese Sache die seinige sei. Blose Veränderungen an der bestehenden Form heben die Identität der Sache nicht auf, der bisherige Eigenthümer kann nichtsdestoweniger mit vollkommener Wahrheit sagen: **hanc rem suam esse.** Diesen Sinn hat die schon oben allegirte Aeußerung des Paullus in **L. 26 § 3 D. de a. r. d.** Durch das Färben wird die Sache keine andre Sache, die Identität der species wird nicht aufgehoben. Die gefärbte Wolle ist noch immer dieselbe Wolle wie die unge-

---

28) Das ist ein Satz, den ich an diesem Orte natürlich nicht ausführen kann. Doch hoffe ich denselben bald bei einer anderen Gelegenheit näher begründen zu können.

29) Es versteht sich wohl ganz von selbst, daß dieser Satz nur Anwendung findet auf dem Gebiete des Sachenrechtes, also da, wo die Sache unmittelbar Gegenstand der Rechtsordnung ist. Insoferne sie dagegen als Gegenstand von Rechtsgeschäften, Verträgen und Legaten in Betracht kommt, hängt es natürlich in erster Linie vom Willen der Handelnden ab, ob sie von Seiten der Form oder des Stoffes, oder von Seiten beider Gegenstand des Rechtsgeschäftes sein solle.

färbte. Diesen Satz beweist der Jurist durch ein **argumentum ad hominem**; wollte man die Identität der Farbe als maßgebend für die Identität der **species** halten, so müßte man auch zugeben, daß das Kleid dadurch ein anderes werde, daß es in den Schmutz fällt [30]).

Auf der andern Seite ist eine neue Sache vorhanden, sobald eine neue, von der vorigen nicht blos in einzelnen Eigenschaften, sondern im Wesen verschiedene Form existirt, ohne daß dabei natürlich auf die Art und das Maß der Thätigkeit, welche zu diesem Zwecke erforderlich ist, irgend etwas ankommen kann. Im Einzelnen kann die Frage, wann hiernach eine **nova species** vorhanden sei, nur vom Leben, nicht von der Jurisprudenz beantwortet werden. Im Allgemeinen aber läßt sich nach dem oben Gesagten das Princip aufstellen: so lange die Sache keinen neuen Namen erhält, ist sie die nämliche, identische Sache, mögen im Uebrigen auch mehr oder minder erhebliche Veränderungen an derselben eingetreten sein; umgekehrt wird die Identität der Sache aufgehoben durch die Veränderung des Namens. Dabei kommt natürlich überall der gemeine Sprachgebrauch in Betracht [31]).

Wie ist nun aber die **media sententia recte existimantium** zu erklären?

Im Principe ist, wie ich schon oben bemerkt habe und wie wohl keiner weiteren Ausführung bedarf, die proculianische Theorie recipirt; nur da soll dieselbe nicht zur Anwendung kommen, wo die ehemalige Form wiederhergestellt werden kann; in diesem Falle sollen die sabinianischen Grundsätze

---

30) Nebenbei bemerkt, ist das auch der Grund, warum weder das Malen noch das Schreiben Specification ist. Die bemalte Leinwand, das beschriebene Papier ist keine **nova species**.

31) Die Antwort auf die Frage, wie es sich nach dieser Auffassung erkläre, daß das Zusammenordnen einer **universitas rerum distantium** keine Specification ist, muß ich hier schuldig bleiben, da dieselbe nicht möglich ist ohne gründliches Eingehen in das Wesen der **universitas**. Auch darüber hoffe ich mich demnächst verbreiten zu können.

gelten. Daß diese Entscheidung auf irgend welcher Willkür beruhe, dürfen wir von vornherein nicht annehmen, da es gerade die klassische Jurisprudenz war, welche diese Mittelmeinung geschaffen und als richtig anerkannt hat; dieselbe muß daher auch auf innere Gründe zurückgeführt werden können. —

Der ehemalige Eigenthümer der untergegangenen Sache konnte unzweifelhaft mittelst der **actio ad exhibendum** die Vorzeigung und Edition der neuen Sache beanspruchen. Wie nun, wenn er die exhibirte Sache — vorausgesetzt daß deren physikalische Beschaffenheit es zuließ — in ihre alte Gestalt zurückverwandelte und sie dann also vindicirte; war dieses Verfahren zulässig?

Nach strenger Auffassung mußte diese Frage entschieden verneint werden. Trotz der Wiederherstellung der alten Form fehlt es gleichwohl an der Identität der ehemaligen mit der jetzt vorliegenden Sache. Beide mögen sich bis zum Verwechseln ähnlich sein, identisch sind sie nicht und die Behauptung des Vindicanten **hanc rem suam esse** ist falsch.

Diesen Gedanken, daß die Sache trotz Wiederherstellung der alten Form doch eine andere Sache sei, spricht namentlich Paullus mit großer Bestimmtheit aus:

> L. 20. § 2 D. de serv. praed. urb. (8, 2): Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, **utilitas** exigit, ut **idem** intelligatur: nam alioquin si **quid strictius interpretetur**, **aliud** est quod sequenti loco ponitur.

Desgleichen African:

> L. 36 D. de usufr. (7, 1): — licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen **illos** esse quorum ususfructus legatus sit [32]).

Dieser ganz streng consequenten Auffassung gegenüber machte sich nun aber in Beziehung auf Servituten schon frühzeitig die mildere Ansicht geltend, daß im Falle der Wiederherstellung der alten Form Identität beider Erscheinungsformen

32) Vgl. auch L. 10 §. 7 D. quib. mod. ususfr. (7, 4).

und daher Identität der Sache angenommen werden und also die inzwischen untergegangene Servitut wieder aufleben solle [33]).

Es lag daher wohl nahe, dieselbe utilitas [34]) auch in Bezug auf das Eigenthum eintreten zu lassen und also auch hier, statt absolute Identität der Sache zu verlangen, sich mit Gleichheit der Form zu begnügen.

Man stellte den Satz auf: die Sache, deren untergegangene Form wiederhergestellt wurde, gilt für die nämliche, identische Sache, kann also auch vom vorigen Eigenthümer mit der Formel: hanc rem suam esse in Anspruch genommen werden.

Hatte man aber einmal den Anforderungen der utilitas diese Concession gemacht, so konnte es kaum eine besondere Ueberwindung kosten, noch einen Schritt weiter zu gehen und dem vormaligen Eigenthümer zu gestatten, die Sache auch in ihrer dermaligen unreducirten Form zu vindiciren, oder wenn man das materiell ausdrücken will, das Eigenthum trotz der veränderten Form einfach als fortdauernd zu betrachten. Wozu sollte man immer erst die wirkliche Reduction verlangen und so möglicher Weise dem Eigenthümer neuen empfindlichen Nachtheil bereiten, lediglich der mera subtilitas juris zu Liebe?

So aufgefaßt besteht die Eigenthümlichkeit der media sententia nicht darin, daß sie eklektisch und principlos zwischen der proculianischen und der sabinianischen Ansicht hin und her schwankt, die Sache bald mit der Form, bald mit dem Stoffe identificirt. Vielmehr beruht die Abweichung der Mittelmeinung von der proculianischen Theorie einzig und allein in der verschiedenen Auffassung des Begriffs von Identität. Beide Ansichten gehen davon aus, daß die Sache identisch sei mit ihrer Form; während aber die Proculianer

33) Vgl. Keller a. a. O. Eine andere Frage ist die, ob wenn der usus fructus einer Sache legirt ist, dann bei Lebzeiten des Testators die Sache eine andere Gestalt, später aber wieder die frühere Gestalt annimmt, das Legat nunmehr gültig sei. Diese Frage wurde verneint. L. 36 pr. D. de usufr.

34) L. 20 § 2 D. de serv. pr. urb. (8, 2).

ganz consequent behaupteten, die einmal untergegangene Form könne als die nämliche Form niemals wiederhergestellt werden, beruhigte sich die Mittelmeinung bei der alltäglichen Anschauung, welche geneigt ist, im Falle der Wiederherstellung der Form die Identität als fortdauernd zu betrachten. Ist aber dies der Fall, so muß auch die blose Wiederherstellbarkeit genügen. —

Indem ich auf diese Weise die Occupationstheorie vertheidigen zu können glaube, habe ich noch einen Einwand zu beseitigen, welcher gegen dieselbe vorgebracht zu werden pflegt. Man sagt nämlich: wenn auf die Arbeit als solche gar nichts ankommt, so müssen ganz die gleichen Grundsätze auch im Falle der zufälligen Specification gelten, d. h. auch eine Sache, welche ohne absichtliche menschliche Einwirkung ihre Gestalt verändert, muß dadurch herrenlos, also Gegenstand der freien Occupation werden.

Ich bin weit entfernt, die Berechtigung dieser Behauptung in Abrede zu stellen, erkenne dieselbe vielmehr als vollkommen begründet an. Fragt man aber, wie es dann zu erklären sei, daß die Quellen doch immer nur von der durch menschliche Thätigkeit herbeigeführten Umgestaltung sprechen, so glaube ich darauf die Antwort geben zu können: weil es überhaupt nicht im Charakter der Quellen liegt, sich mit bloßen theoretischen Möglichkeiten zu beschäftigen, denen die praktische Bedeutung ganz oder doch so gut als ganz abzusprechen ist.

Vor Allem nämlich ist klar, daß alle die Fälle schlechterdings nicht hieher gehören, in welchen die Sache die ihr innewohnenden organischen Eigenschaften entwickelt, sollte diese Entwicklung auch vielleicht eine Umgestaltung der Form zur Folge haben. In diesen Fällen wird gleichwohl Niemand an der absoluten Identität der Sache zweifeln, auch wenn dieselbe vielleicht im Verlaufe ihrer Entwicklung den Namen ändert. Für alle diese Fälle gilt das bekannte Wort des Alfenus[35]), und es wird z. B. wohl noch Niemanden eingefallen sein zu behaupten, der Schmetterling werde im

35) L. 76 D. de iud. (5, 1).

Augenblicke seiner Entpuppung eine andere Sache und daher herrenlos.

Ferner aber sind auszuschließen alle die Fälle, in welchen die Umgestaltung zwar in Folge äußerer Einwirkungen, aber so unvermerkt und allmählich vor sich geht, daß sich gar kein bestimmter Zeitpunkt angeben läßt, in welchem die alte Sache aufgehört und die neue zu existiren begonnen hat. Hier ist ebendeshalb auch der Moment, wo die Sache zuerst herrenlos wäre, gar nicht zu ermitteln. Dahin gehören alle die Vorgänge des Verfaulens, Verwesens, Verschimmelns; ja auch das (zufällige) Verbrennen gehört hieher, da sich dasselbe von den eben erwähnten Vorgängen nur in Bezug auf das erforderliche Zeitmaß unterscheidet. In allen diesen Fällen findet ein fortgesetztes Aneignen von Seiten des bisherigen Eigenthümers statt; es läßt sich schlechterdings der Augenblick nicht ermitteln, in welchem derselbe zum letzten Male mit Recht sagen könnte: **haec res mea est**, und eben deßhalb läßt sich auch der Moment nicht ermitteln, in welchem zum erstenmale der Occupant mit Recht sagen könnte: **haec res mea est.** Es ist einleuchtend, wie sich dies ganz anders verhält, wenn Jemand die fremde Sache verbrennt, in welchem Falle entschieden Eigenthumserwerb durch Specification vorliegt. Indem der Specificant hier von Anfang an den **animus rem sibi habendi** hat und denselben durch das Verbrennen bethätigt, eignet er sich jeden einzelnen Theil in dem Augenblicke an, da derselbe eine **nova species** wird, ohne daß er auch gerade in diesem Augenblicke das Bewußtsein von der eingetretenen Umgestaltung zu haben braucht. Die Aneignung beginnt nicht erst im Augenblicke, da der Verbrennungsproceß vollendet ist, sondern sie ist in dem nämlichen Augenblicke gleichfalls vollendet.

Sehen wir also von diesen Fällen ab, so wird für die Möglichkeit des Eigenthumserwerbes in Folge zufälliger Specification ein ziemlich kleines Gebiet übrig bleiben. Unzweifelhaft gehört hieher die zufällige Vermischung verschiedenartiger Flüssigkeiten. In diesem Falle tritt nun aber nach ausdrücklicher

Entscheidung der Quellen[36]) Miteigenthum der bisherigen Eigenthümer ein. Das ist nach der Occupationstheorie allerdings eine Anomalie, aber auch Gaius faßt es als Anomalie auf: obschon novi corporis species eintrete, also eigentlich die Grundsätze von der Specification angewendet werden sollten, wird Miteigenthum angenommen. Diese Bemerkung macht zwar Gaius zunächst nur für den Fall, wenn die Vermischung mit dem Willen der beiden Eigenthümer vor sich gegangen war;[37]) es ist aber klar, und wird auch durch die Satzverbindung bestätiget, daß die Anomalie im andern Fall die nämliche, ja noch größer ist. Die theoretische Möglichkeit des Eigenthumserwerbes in Folge zufälliger Specification ist damit anerkannt. Daß man aus besondern Gründen, wahrscheinlich der Billigkeit, in der Praxis von dieser Consequenz abgewichen ist, kommt dabei weiter nicht in Betracht.

Eine weitere theoretische Anerkennung jener Möglichkeit finde ich in L. 7 § 5 D. de a. r. d., gleichfalls von Gaius. Der Acker des A wird zum Flußbette; darin liegt eine zufällige Specification[38]); wird dann das Flußbett wieder verlassen, so ist zwar von einer Occupation keine Rede, weil dieselbe hier durch das Recht des Adjacenten ausgeschlossen ist; indem aber der Jurist stricta ratione eben dieses Recht des Adjacenten anerkennt, also in der That den alveus derelictus juristisch als eine von dem ehemaligen ager verschiedene Sache behandelt, so gibt er damit doch wohl zugleich zu, daß, stünde das Recht der Adjacenten nicht entgegen, Occupation statthaft wäre.

Ich nehme demnach auch durchaus keinen Anstand zu behaupten, daß, wenn sich abgesehen von den bisher bespro-

---

36) L. 7. §. 4. D. de a. r. d.

37) L. 1. § 8. In diesem Falle kommt also nichts darauf an, wer der Specificant sei und ob derselbe suo nomine specificire oder nicht. Ein Eigenthumserwerb durch Vermischung verschiedenartiger Flüssigkeiten tritt also nur dann ein, wenn diese Vermischung ohne Zustimmung sämmtlicher Eigenthümer erfolgt. L. 5. § 1 D. de r. v. (6, 1).

38) Ille ager qui fuerat, desiit esse amissa propria forma.

chenen Fällen eine zufällige Specification ereignet, die neue Sache herrenlos und daher Gegenstand der freien Occupation sei. Widerlegen wird man diesen Satz aus den Quellen jedenfalls nicht können*).

III.

Die Ergebnisse der neuesten Verhandlungen der in Hannover berathenden Commission zur Abfassung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für Deutschland, insbesondere in Bezug auf Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens

geprüft von

Mittermaier.

Je trauriger sich die politischen Zustände des deutschen Vaterlands gestalten, je mehr die Hoffnungen auf die Verwirklichung einer politischen Einheit in weite Ferne gerückt scheinen, desto mehr drängt sich jedem Freunde des Vaterlands die Frage auf, ob nicht die große Idee, eine Einheit der Gesetzgebung für Deutschland zu schaffen, wenigstens eine allgemeine deutsche Civilprozeßordnung herbei zu führen, verwirklicht werden kann. In der letzten Beziehung sind die Blicke auf die in Hannover berathende Commission gerichtet.

Der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung, nachdem er seit 1819 für die Verbesserung des Civilprozesses auf der Grundlage der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit mit Benützung der in Frankreich und in den Rheingegenden gemachten Erfahrungen gekämpft hat, glaubte zur Verständigung am Besten

---

*) Zu vorstehendem Aufsatze sei einstweilen nur so viel bemerkt, daß ich zwar den Ausführungen des Hrn. Verfassers, soweit sie gegen das „Arbeits"- oder „Erzeugungsprincip" gerichtet sind, vollkommen zustimme, aber doch auch der vom Verfasser vertheidigten „Occupationstheorie" mich nicht anschließen kann. Ich behalte mir vor, in einem der nächsten Hefte auf die Lehre zurückzukommen und meinen Standpunkt zu derselben zu bezeichnen. Fitting.

Im 47. Bande des Archivs, bittet man, folgende Druckfehler zu berichtigen:

S. 35 Zeile 2 des Textes v. u. lies: „eben so wenig" statt „wenig."

S. 49 Note 36 l. „L. 7 § 9 de a. r. d." st. „L. 7 § 4 de a. r. d."

S. 49 Note 37 Zeile 1 a. E. l. „wer" st. „we="

S. 152 Note 14 Zeile 3 l. „suburbanae" st. „sub urbanae,"

S. 152 Note 14 Zeile 9 l. „L. 8 C. si maior factus" st. „L. 8 si maior. factus."

S. 321 Z. 12 v. o. setze nach „knüpfte" ein Komma und l. „Titio, si" st. „Titio", während in der folgenden Zeile a. E. das „si" zu streichen ist.

S. 321 Z. 17 v. o. l. „justinianische" st. „justianische."